

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

X ZR 44/78

URTEIL

Verkündet am

23. Oktober 1980
Kriegl,
Justizamtsinspektor
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in der Patentnichtigkeitssache

der Firma D [REDACTED] & Company, W [REDACTED], D [REDACTED] (V.St.A.),
gesetzlich vertreten durch den Vorsitzenden ihres Verwaltungsrates William A. H [REDACTED],

Klägerin und Berufungsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. von [REDACTED] und
Dr. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED],
Patentanwälte Dr.-Ing. [REDACTED],
Dipl.-Phys. Dr. [REDACTED], [REDACTED]-
[REDACTED], [REDACTED] -

gegen

den Landwirt Josef N [REDACTED], E [REDACTED] bei A [REDACTED]

Beklagten und Berufungsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED],
[REDACTED],
Patentanwälte Dipl.-Ing. [REDACTED],
Dipl.-Ing. von [REDACTED] [REDACTED],
[REDACTED] -

Der X. Zivilsenat (Patentsenat) des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Ballhaus und die Richter Dr. Bruchhausen, Ochmann, Dr. Windisch und Dr. Hesse

für Recht erkannt:

Die Berufung gegen das Urteil des 3. Senats (Nichtigkeitssenats III) des Bundespatentgerichts vom 17. Januar 1978 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte war Inhaber des am 4. März 1961 angemeldeten und inzwischen durch Ablauf der Schutzdauer erloschenen Patents 1 182 459 (Streitpatents), aus dem er die Klägerin wegen Patentverletzung in Anspruch nimmt. Der Patentanspruch 1 des Streitpatents lautet:

"Heuwerbungsmaschine mit einer horizontalen, quer zur Fahrtrichtung der Maschine verlaufenden, rotierend angetriebenen, am Maschinenrahmen gelagerten Welle, auf der in gleichen Abständen voneinander mehrere kreisrunde Scheiben befestigt sind, deren Ebene zur Wellenachse geneigt ist und an deren Umfang Zinken angeordnet sind, dadurch gekennzeichnet, daß

- 3 -

die Zinken mittels Haltern (17) an einem am Umfang jeder Scheibe (14) drehbar, aber axial unverschiebbar gelagerten Außenring (15) befestigt sind, wobei mindestens einer der Halter (17) an einer Führungsfläche anliegt, deren gegenläufig zur Welle (11) umlaufender Träger konzentrisch zu dieser im Maschinenrahmen gelagert ist."

Wegen des Wortlauts der Patentansprüche 2 bis 4 wird auf die Patentschrift verwiesen.

Die Klägerin erstrebt die Nichtigkeitserklärung des Streitpatents. Sie hat geltend gemacht, der Gegenstand des Streitpatents sei gegenüber dem Stand der Technik weder fortschrittlich noch erfinderisch.

Die Klägerin hat beantragt,
das Streitpatent für nichtig zu erklären.

Der Beklagte hat der Nichtigkeitserklärung widersprochen und Klagabweisung beantragt.

Das Bundespatentgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Berufung verfolgt die Klägerin ihr Nichtigkeitsbegehren weiter. Sie macht zusätzlich geltend, der Gegenstand des Streitpatents sei technisch unbrauchbar. Sie beantragt,

das angefochtene Urteil abzuändern und das Streitpatent für nichtig zu erklären.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Der Senat hat ein schriftliches Gutachten von Professor Dr.Ing. Hans-Jürgen Matthies, Direktor des Instituts für Landmaschinen der Technischen Universität Braunschweig, eingeholt, das dieser in der mündlichen Verhandlung erläutert und ergänzt hat.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg.

Die Klage bleibt auch nach Ablauf des Streitpatents zulässig, da die Klägerin vom Beklagten wegen Verletzung des Streitpatents auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird. Sie ist jedoch unbegründet.

I.

Das Streitpatent betrifft eine Heuwerbungsmaschine mit einem um eine etwa quer zur Fahrtrichtung liegende horizontale Achse rotierend angetriebenen Werkzeug, dessen Zinken zusätzlich zu ihrer rotierenden Bewegung eine hin- und herschwingende Bewegung in Achsrichtung vollführen.

Als Nachteile vorbekannter Heuwerbungsmaschinen schildert die Streitpatentschrift einmal den hohen Getriebeaufwand, die begrenzte Arbeitsgeschwindigkeit und die nicht volle Leistungsausnutzung, ferner, daß besonders bei schwerem Gras eine

gleichmäßige flächige Streuwirkung nicht gesichert sei, sondern zahlreiche Zusammenballungen des Grases entstünden.

Daraus und aus den Angaben der Streitpatentschrift über die mit der Erfindung erreichten Vorteile, beispielsweise eine intensive Streu- und Zettwirkung (Sp. 4, Z. 44-47), läßt sich als die dem Streitpatent zugrunde liegende Aufgabe ableiten, mit einfachen und betriebssicheren Mitteln eine Heuwerbungsmaschine (Zetter) zu schaffen, die auch bei hoher Arbeitsgeschwindigkeit unter Ausschöpfung der Leistung der Zugmaschine ein gleichmäßiges flächiges Zerstreuen von Schwaden erreicht und das Halmgut gut auflockert.

Zur Lösung dieser Aufgabe schlägt das Streitpatent eine Heuwerbungsmaschine (Zetter) mit folgenden Merkmalen vor:

- (1) Am Maschinengestell ist eine horizontale, quer zur Fahrtrichtung der Zugmaschine verlaufende rotierende Welle (11) gelagert,
 - (a) die angetrieben wird und
 - (b) auf der in gleichen Abständen voneinander mehrere kreisrunde Scheiben (14) befestigt sind, deren Ebenen schiefwinkelig zur Wellenachse verlaufen (Schiefscheiben);
- (2) am Umfang jeder Scheibe (14) ist ein drehbar, axial unverschiebbar gelagerter Außenring (15) befestigt,
- (3) an dem mittels Haltern (17) Zinken (16) angebracht sind;

- (4) mindestens einer der Halter (17) jedes Außenringes (15) liegt an einer Führungsfläche (18) an;
- (5) die Führungsflächen sind zu einem gemeinsamen Träger (12) verbunden;
- (6) der Träger (12) der Führungsflächen (18)
 - (a) ist konzentrisch zur Welle (11) im Maschinenrahmen gelagert und
 - (b) wird gegenläufig zur Welle (11) angetrieben.

Durch den gegenläufigen Umlauf der Welle mit den Schief-scheiben einerseits und der Führungsflächen mit den Außenrin-gen, Haltern und Zinken andererseits wird bewirkt, daß die Zinken bei jedem Umlauf eine mehrmalige seitliche Hin- und Herbewegung ausführen (siehe Sp. 4, Z. 35-40).

II.

Ohne Erfolg bleiben die Angriffe der Klägerin gegen die technische Brauchbarkeit des Erfindungsgegenstandes.

1. Die Klägerin macht hierzu - erstmals nach Erstattung des schriftlichen Sachverständigengutachtens in der Berufungsinstanz des Nichtigkeitsverfahrens - geltend, die beanspruchte Vorrichtung führe nicht zu dem in der Patentschrift angegebenen Erfolg, Heuschwaden könnten mit der beschriebenen Vorrichtung nicht gleichmäßig und ohne Zusammenballungen breitgestreut werden. Dazu führt sie im einzelnen aus:

a) Der Anteil der seitlich hin- und hergehenden Bewegungen der Zinken werde durch die Schiefstellung der Taumelscheiben bestimmt. Mit zunehmender Schiefstellung der Taumelscheiben vergrößere sich der Unterschied des Bodenabstandes der Zinkenspitzen je nach Umlaufstellung. Da der Bodenabstand der Zinkenspitzen sich innerhalb enger Toleranzen bewegen müsse, sei folglich auch die Schiefstellung der Taumelscheiben begrenzt. Damit ergebe sich, daß ein nennenswerter seitlicher Bewegungsanteil der Zinkenspitzen nicht erreicht werden könne.

b) Außerdem wiesen die Zinkenspitzen beim Ergreifen und Abwerfen des Halmgutes keine definierte Position, keinen einheitlichen Seitenbewegungsanteil und keinen gleichbleibenden Abstand der Nachbarzinken voneinander auf; deshalb müsse es beim Abwerfen des Heus zu Klumpungen und Zusammenballungen kommen.

c) Schließlich könnten die Zinkenspitzen wegen der Hin- und Herbewegung nur einen unzureichenden Teil der Bodenfläche bestreichen, so daß sie das zu bearbeitende Heu nur unzureichend erfaßten.

2. Der gerichtliche Sachverständige hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, er habe aufgrund theoretischer Erwägungen keinen Zweifel an der technischen Brauchbarkeit des Erfindungsgegenstandes. Der durch die Schiefstellung der Taumelscheiben erreichbare Seitenbewegungsanteil reiche aus, um eine gute Lockerung des Halmgutes zu bewirken; die Lockerung des Halmgutes, nicht dessen Breitstreuung, sei bei der Heuwerbung entscheidend. Der Bodenabstand der Zinkenspitzen

sei unkritisch, weil das am Boden liegende Heu ineinander verfilzt sei, so daß schon ein Eintauchen der Zinkenspitzen in die obere Lage des Schwads genüge, um das gesamte Halmgut zu erfassen und aufzulockern. Der höchstzulässige Schiefwinkel der Taumelscheiben könne danach durch einfache, dem Durchschnittsfachmann ohne Schwierigkeiten mögliche Versuche ermittelt werden.

Diese Ausführungen des Sachverständigen haben den Senat davon überzeugt, daß die oben zu 1a) und b) dargestellten Angriffe der Klägerin unbegründet sind.

Zur Frage der Bodendeckung hat der gerichtliche Sachverständige ausgeführt, er halte den hinreichend geringen Seitenabstand benachbarter Zinken beim Erfassen des Halmgutes zwar grundsätzlich für konstruktiv beherrschbar, die von der Klägerin demonstrierten Versuche seien nicht überzeugend, weil die Klägerin dabei Hinweise der Patentbeschreibung zum Seitenabstand der Zinken (Sp. 4, Z. 25-32) nicht beachtet habe.

Ob durch praktische Versuche die theoretischen Überlegungen des gerichtlichen Sachverständigen zur Frage der Bodendeckung in ihrem Beweiswert erhärtet werden können und eine sicherere Beurteilung dieser Frage ermöglichen, kann hier unentschieden bleiben. Denn nachträgliche Versuche zur Klärung dieses Punktes würden die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögern.

3. Da das Vorbringen der Klägerin zu diesem Punkte entgegen § 42a PatG nicht in der Berufungsschrift enthalten und auch nicht durch den Inhalt der schriftlichen Berufungs-

erwiderung veranlaßt (§ 42 g Abs. 1 PatG) war, ist die Klägerin mit ihm an sich kraft Gesetzes ausgeschlossen.

Der Senat kann jedoch nach pflichtgemäßem Ermessen - unter Berücksichtigung des die Tatsachenfeststellung im Nichtigkeitsverfahren beherrschenden Amtsermittlungsgrundsatzes - das verspätete Vorbringen unter bestimmten Voraussetzungen zulassen (§ 42 g Abs. 2 PatG). Er macht dies in Anlehnung an die entsprechenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung (§ 528 ZPO) davon abhängig, daß die Partei die Verspätung genügend entschuldigt, was nicht der Fall ist, wenn sie auf grober Nachlässigkeit der Partei beruht (BGH Liedl 1956-58, 624, 627 - Hohlblockmauersteine; BGH GRUR 1980, 100 - Bodenkehrmaschine; RG MuW 1931, 435; Winkler, GRUR 1953, 190, 191; Hesse, Mitt. 1977, 45, 49).

4. Im vorliegenden Fall ist das verspätete Vorbringen der Klägerin nicht mehr zu berücksichtigen. Es beruht auf deren grober Nachlässigkeit. Während des seit Februar 1977 schwebenden Rechtsstreits hatte die Klägerin hinreichende Veranlassung, die technische Brauchbarkeit des Streitpatentgegenstandes zu überprüfen. Daß sie dies bis zur Erstattung des schriftlichen Gutachtens im zweiten Rechtszuge unterließ, war grob nachlässig. Sie hat schriftsätzlich keine und in der mündlichen Verhandlung auf Befragen nur unzulängliche Entschuldigungsgründe für die Verspätung vorgetragen. Ihre Darlegung, sie sei erst durch eine Bemerkung des gerichtlichen Sachverständigen über den entgegengehaltenen Dungstreuer nach der US-Patentschrift 887 359, daß eine mehrfach oszillierende Zinkenbewegung zu völlig unvorhersehbaren und unkontrollierbaren Abwurfrichtungen führe, zur Prüfung der Brauchbarkeit des Streitpatentgegenstandes angeregt worden, läßt erkennen,

daß sie bei Einleitung des Nichtigkeitsverfahrens nicht sämtliche Voraussetzungen der Patenterteilung überprüft hat. Dazu bedurfte es nicht erst einer "Anregung".

Der weiter von der Klägerin vorgetragene Grund für die Verspätung des Vorbringens, sie habe sich gehindert gesehen, die Brauchbarkeit des Patentgegenstandes anzugreifen, da ihr die Verletzung des Streitpatents vorgeworfen worden sei, kann ihr Verhalten nicht entschuldigen. Die für die Klägerin ungünstige Beurteilung der Frage der Erfindungshöhe durch den Gerichtsgutachter stellt für sich keine Entschuldigung für das Nachbringen von weiteren Angriffen gegen das Streitpatent dar. Wer den Bestand eines Patents im Patentnichtigkeitsverfahren angreift, ist aus Gründen der Konzentration des Rechtsstreits gehalten, bereits im ersten Rechtszuge seine gesamten Angriffe gegen den Bestand des Patents vorzubringen.

b) Die Einholung eines schriftlichen Ergänzungsgutachtens des gerichtlichen Sachverständigen über den neuen Angriffspunkt der Klägerin, daß der Gegenstand technisch unbrauchbar sei, unmittelbar nach Eingang des Schriftsatzes der Klägerin am 29. Februar 1980, der keine Rechtfertigung für die Verspätung des neuen Vorbringens enthielt, hätte die Abwicklung des Rechtsstreits nach Überzeugung des Senats erheblich verzögert. Die Sache hätte, da der Zeitaufwand für das Ergänzungsgutachten nicht im voraus abzuschätzen war, erst nach dessen Eingang terminiert werden können, was nach der Geschäftsbelastung des Senats zu einer erheblichen Verzögerung der Entscheidung geführt hätte.

Aus diesen Gründen muß es die Klägerin hinnehmen, daß ihr auf unzureichende Bodendeckung abzielendes Vorbringen infolge ihrer grob fahrlässigen prozessualen Säumnis unberücksichtigt bleibt.

III.

Der Gegenstand des Streitpatents war unstreitig neu. Er war - nach dem in dieser Entscheidung zu berücksichtigenden Sach- und Streitstand, vgl. oben II - gegenüber dem Stand der Technik am Anmeldetag auch technisch fortschrittlich.

Die schweizerische Patentschrift 238 091 aus dem Jahre 1945 zeigt einen Wechselantrieb, insbesondere für Worb- und Wendemaschinen. Bei dieser Vorrichtung rotiert eine mit Zinken 3 versehene Haspel 2 um eine Welle 1, so daß die Zinken Umlaufbewegungen in senkrecht zur Welle liegender Ebene vollführen. Konzentrisch zur Welle 1 ist eine Hohlwelle 4 angeordnet, die ein Lager 5 trägt; in diesem Lager ist der mit Zinken 7 versehene Tragstern 6 schiefwinklig zur Wellenachse und freidrehbar, aber axial unverschiebbar gelagert. Der Tragstern wird über einen Mitnehmer 10 von der Haspel mitgeführt. Die Hohlwelle kann wahlweise am Maschinenrahmen befestigt werden. Wird die Hohlwelle am Rahmen befestigt, so ergibt sich je Umlauf eine einmalige Hin- und Herbewegung der Zinken 7. Bleibt die Hohlwelle dagegen unbefestigt, so rotieren die Zinken 7 mit der Haspel, ohne wesentliche Seitenbewegungen auszuführen. In beiden Betriebszuständen bleibt der zu erreichende Seitenbewegungsanteil erheblich hinter dem zurück, den das Streitpatent durch die gegenläufige Bewegung der

beiden konzentrischen Wellen erreicht. Deshalb erreicht die Heuwerbungsmaschine nach dem Streitpatent eine bessere Auflockerung des Heus als die Vorrichtung nach der schweizerischen Patentschrift 238 091.

Die übrigen Entgegenhaltungen betreffen keinen Heuwender, so daß ein Fortschrittsvergleich mit dem Gegenstand des Streitpatents nicht möglich ist.

IV.

Dem Gegenstand des Streitpatents kann die Erfindungshöhe nicht abgesprochen werden. Es bedurfte einer das Können des Durchschnittsfachmannes übersteigenden, mithin erfinderischen Leistung, um zum Gegenstand des Streitpatents zu gelangen.

In keiner der aus dem Bereich der Landtechnik stammenden und Ausbreitvorrichtungen im weiteren Sinne betreffenden Entgegenhaltungen wird der Gedanke nahegelegt, die Auflockerung des Halmgutes und dessen Breitstreuung durch eine mehr als einmalige Hin- und Herbewegung je Umlauf der Werkzeuge zu verbessern. Alle Entgegenhaltungen aus dem Bereich der Landtechnik arbeiten vielmehr nach dem kinematischen Prinzip, eine Welle umlaufend anzutreiben und eine andere Welle - oder ein gleichwirkendes Vorrichtungsteil - stillzulegen und die beiden Wellen mit einem einfachen schrägnabigen Verbindungsteil so zu koppeln, daß durch die Umlaufdifferenz beider Wellen eine nur einmalige seitliche Hin- und Herbewegung der Verteilerwerkzeuge je Umlauf erreicht wird. Beim Antrieb nach der schweizerischen

Patentschrift 238 091 rotiert die Welle 1 mit der Haspel 2. Die auf der festgelegten Hohlwelle 4 in dem Lager 5 umlaufenden und an dem schiefgelagerten Tragstern 6 befestigten Zinken führen, wenn sie zusammen mit der Haspel und dem Mitnehmer umlaufen, je Umdrehung eine Hin- und Herbewegung aus. Bei der Vorrichtung nach der US-Patentschrift 2 617 518 rotiert die Führungstrommel 64. Die auf der feststehenden Welle 102 (Fig. 4) über Lagerelemente 116 u. 118 und schräggelagerte Außenringe 134 u. 140 angebrachten Zinken 132 u. 142 werden von Führungsschlitzen 76 in der Trommel 64 der rotierenden Welle 78/82 mitgenommen und machen ebenfalls eine Hin- und Herbewegung je Umdrehung.

Bei den Vorrichtungen nach den US-Patentschriften 1 533 963 sowie 1 053 547 wird die Schiefnabigkeit durch Kröpfung der inneren Welle erreicht; bei der erstgenannten Entgegenhaltung rotiert die Welle 14; die an den gekröpften Wellenabschnitten drehbar befestigten Werkzeuge 20 sind am Maschinenrahmen befestigt, was einer stillstehenden Welle gleichwirkt. Nach der zweitgenannten Druckschrift soll die innere Welle stillgesetzt werden; hier drehen sich Hohlwellenstummel 17 (Fig. 2) und Mitnehmerstangen 12, wodurch je Umdrehung eine Hin- und Herbewegung der Werkzeuge 20 zustandekommt.

Bei den Stalldungstreuern nach den Figuren 3, 4 und 6 der US-Patentschrift 887 359 bilden Schrägnuten die schiefnabige Konstruktionskomponente; es ist jeweils eine rotierende und eine festgelegte Welle - oder ein wie eine Welle wirkendes Bauteil - vorhanden, so daß je Umdrehung eine Hin- und Herbewegung der Werkzeuge erfolgt.

Von allen diesen Entgegenhaltungen erhielt der Durchschnittsfachmann keine Anregungen in Richtung auf das Streitpatent.

Bei der Vorrichtung nach der US-Patentschrift 2 149 321, die für Pumpen, Kompressoren, Waschmaschinen, Rührmaschinen, Mischvorrichtungen und dergleichen benutzt werden kann, führt ein vorgegebener Punkt an einer Taumelscheibe eine kombinierte Drehbewegung um eine Achse und gleichzeitig damit eine mehrmalige hin- und hergehende Bewegung parallel zu dieser Achse je Umdrehung aus. Bei dieser Vorrichtung ist auf einer drehbaren Innenwelle 2 (Fig. 3) mittels einer Kugelnabe 6 eine Taumelscheibe 14 schwenkbar befestigt, die mit der Welle 2 rotiert, dabei aber schwenkbar bleibt. Konzentrisch zur Welle 2 sind als Hohlwellen ausgebildete Führungsglieder 20 und 30 beiderseits der Scheibe 14 vorgesehen, die an ihren zur Taumelscheibe 14 hin liegenden Enden schiefwinklig zur Wellenachse angeordnete Flansche oder Kragen 22 und 32 aufweisen. Zwischen diesen Flanschen und der Schiefscheibe sind Wälzlager 23 und 25 vorgesehen. Den Führungsgliedern 20 und 30 wird über Zahnräder 36, 38, 42 und 44 ein gleichsinniger Umlauf zur Hauptwelle 2, jedoch eine durch das Zahnradverhältnis bestimmte abweichende Umlaufgeschwindigkeit verliehen. Dadurch wird bewirkt, daß die Scheibe 14 während eines Umlaufes mehrere seitliche Hin- und Herbewegungen ausführen kann; die Zahl der Seitenbewegungen bestimmt sich nach dem Verhältnis der Umlaufzahlen von Hauptwelle und Führungsgliedern 20 und 30. Auch diese Konstruktion auf dem Gebiet des Gelenkgetriebebaues, das nach der Auffassung des gerichtlichen Sachverständigen von einem durchschnittlichen Maschinenbauer des Fachbereiches Landtechnik nicht überblickt werden kann, legte den einfachen und betriebssicheren Aufbau der Heuwerbmungsmaschine nach dem Streitpatent nicht nahe. Bei ihr werden

die seitlichen Schwenkbewegungen nur einer einzigen Taumelscheibe auf einem komplizierten und damit störungsanfälligen Wege erreicht, der für eine Anwendung in der auf Robustheit angewiesenen Landtechnik nicht in Betracht kommt. Um zu einer dem Streitpatent vergleichbaren Vorrichtung zu gelangen, mußten die in der US-Patentschrift vorgesehenen Führungselemente zu einer langgezogenen Hohlwelle ausgestaltet und auf einfache Weise für den Antrieb mehrerer Taumelscheiben angeordnet werden. Schließlich mußte eine Gegensinnigkeit der Umlaufbewegungen beider Wellen vorgesehen werden. Das alles zusammen bei einer Heuwerbmungsmaschine vorzusehen, überstieg das Können eines Durchschnittsfachmannes, der den Stand der Technik in seiner Gesamtheit kannte.

V.

Mit dem Hauptanspruch des Streitpatents haben die Patentansprüche 2 bis 4, die zweckmäßige Ausgestaltungen des Gegenstandes nach Anspruch 1 zum Inhalt haben und sich nicht in platten Selbstverständlichkeiten erschöpfen, Bestand.

Die Berufung der Klägerin war deshalb zurückzuweisen.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 42 Abs. 3, § 40 Abs. 2,
§ 36 q Abs. 1 Satz 2 PatG.

Ballhaus

Bruchhausen

Ochmann

Windisch

Hesse